

LIMITAÇÕES A DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS SENTENCES GUIDELINES COMO FONTE DE PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

LIMITATIONS ON DISCRETIONARITY IN BRAZILIAN CRIMINAL JURISDICTION: LAW AS INTEGRITY AND THE SENTENCES GUIDELINES AS SOURCE OF FORECASTING AND LEGAL SAFETY

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS

Centro Universitário Internacional - UNINTER

Resumo: Este artigo tem o foco de discorrer sobre a possibilidade de limitação da ampla discricionariedade judicial no Brasil, através da doutrina do *direito como integridade* e *romance em cadeia* propostos por Ronald Dworkin, bem como apresentar uma análise sobre as *sentencing guidelines* na jurisdição criminal no sistema *Common Law*. Diante tais possibilidades, tem-se a propositura de hipóteses para o maior balizamento das sentenças em matéria criminal, com ênfase na coerência, respeito aos precedentes e transparência na aplicação de pena. Desta forma, a segurança jurídica emanada da jurisdição criminal tem seus reflexos na sociedade através do respeito ao sistema judiciário, emergindo no cidadão a certeza da justa retribuição do Estado perante o injusto e da aplicação proporcional da consequente penalidade, em respeito ao precedente outrora pacificado.

Palavras-chave: Direito Penal. Segurança Jurídica. Discricionariedade da Jurisdição.

Abstract: This article focuses on the possibility of limiting the wide discretion in criminal jurisdiction in Brazil, through the doctrine of the *law as integrity* and the *romance chain* proposed by Ronald Dworkin, as well as to present an analysis on the *sentencing guidelines* in the criminal jurisdiction in the Common Law system. Faced with such possibilities, the hypothesis has been proposed for the greater focus of judgments in criminal matters, with emphasis on consistency, respect for precedents and transparency in the application of punishment. In this way, legal certainty emanating from the criminal jurisdiction has its repercussions in society through respect for the judicial system, giving rise to the citizen's certainty of the State's fair return to the unjust and the proportional application of the consequent penalty, in respect to the previously pacified precedent.

Keywords: Criminal Law. Legal Security. Discretion of Jurisdiction.

1. Introdução

Na contemporaneidade, uma pergunta vem à tona: qual quantidade de discricionariedade devem ter os julgadores em suas sentenças criminais e na aplicação da pena? Se imaginarmos a jurisdição criminal com uma ampla liberdade decisória, a disparidade e falta

de coerência será inevitável. Por outro turno, se criamos uma justiça sem o mínimo de discricionariedade, surgirá a injustiça.

Não se pretende aqui uma ode à limitação da cognição do julgador, impondo balizas intransponíveis na sua forma de proferir sentenças criminais e na sua dosimetria. Impensável é a figura do magistrado como sendo um juiz-funcionário¹, seguidor cego de precedentes e súmulas, robotizado na sua maneira de decidir. Mesmo aquele que detém a pretensão acusatória e punitiva, em certo momento, deseja a coerência e respeito as diretrizes estabelecidas em precedentes, como forma de segurança jurídica e culminando na prevenção geral da criminalidade.

De outro vértice, aqueles que prezam pelo *garantismo* e o valor do princípio da legalidade, também sonham com um direito coeso, dotado de previsibilidade como forma de ampla defesa e segurança jurídica nas decisões emanadas pela jurisdição criminal. Passa longe a pretensão de ceifar o conhecimento do julgador no momento de confecção da sua sentença. Como, hipótese, tem-se que a estruturação da discricionariedade judicial através de *diretrizes, coerência e previsibilidade* pode ser uma forma de promover a ampla justiça para a sociedade, conforme se verá adiante através da obra de Ronald Dworkin.

O objetivo deste artigo é propor que o *direito como integridade*, forma pensada por Dworkin para a uma justiça previsível e as *sentences guidelines* dos países de sistema *Common Law*, especialmente a Inglaterra e País de Gales, são formas de abordagens alternativas na tentativa de limitação da ampla discricionariedade na jurisdição criminal brasileira, promovendo consistência nas sentenças judiciais e na aplicação da pena, gerando previsibilidade e segurança jurídica.

Como se verá nas linhas futuras, a insegurança jurídica perpetuada ao longo do tempo nas decisões conflitantes oriundas da jurisdição criminal, acarreta a desconfiança da sociedade e falta de respeitabilidade para com a jurisdição, deixando esta, de promover a efetiva garantia da aplicação da justiça para os cidadãos.

¹ “O risco é a exacerbação de um nível de abstração que chegue a ferir o núcleo concernente à singularidade humana (...) o formalismo judicial perpassou dos textos legais às súmulas, com um magistrado similar a um juiz-funcionário.” Em SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena, p. 19.

2. A jurisdição criminal brasileira e sua discricionariedade.

A maneira pela qual um Estado organiza sua *jurisdição criminal*, clarifica os objetivos a serem alcançados através da aplicação das normas jurídicas. Acreditava-se que a pena tinha seu caráter exclusivamente retributivo, isto é, o Estado valia-se da pena como retribuição às violações das normas jurídicas.

Tratar o estudo do direito penal como mero “*propulsor da aplicação da penalidade, da retribuição, castigo e sofrimento*”, é uma concepção que tem se mostrado um tanto quanto equivocada² na atualidade, onde se atribui a pena caráter restaurativo e ressocializador. Este entendimento se mostrou ineficaz diante a verificação da eficácia da pena como prevenção geral. Empiricamente, validou-se o entendimento que nenhum agente deixa de cometer uma afronta jurídica pelo motivo de haver um “livro de leis escrito, o qual dispõe o castigo a ser aplicado diante a contrariedade da norma”.

Deste modo, pode-se pensar em no estudo do *direito criminal*, voltado ao estudo do crime e criminalidade e a função da pena como caráter restaurativo e ressocializador. Assumindo o direito penal como um direito exclusivamente voltado à aplicação de sanções é atestar que a penalidade e o castigo são as únicas respostas jurídicas ao ilícito.

Desta forma, pode emergir um *direito penal ressocializador*, em análise do perfil da pena e sua eficácia na restauração do agente criminoso. Paulo César Busato³ afirma que se deve buscar alternativas à pena de prisão e a própria configuração atual das medidas de segurança. O autor continua no sentido que “*vive-se hoje um momento de transição em que já se constatarem os defeitos que tem a prisão, em especial seu efeito dessocializador, e estamos na etapa de construção de modos alternativos viáveis para responder adequadamente ao delito*”⁴.

No Brasil, a jurisdição criminal possui larga discricionariedade, sendo a fonte das sanções penais que se amoldam na busca da efetividade judicial e a ideia de justiça. Com isto, a ampla discricionariedade atribuída à jurisdição criminal brasileira confere aos julgadores a

² Neste sentido, autores como Paulo César Busato, Juarez Cirino dos Santos e Cezar Roberto Bitencourt aduzem a forma ressocializadora da sanção penal como manifestação democrática e legítima para o enfrentamento da latente criminalidade.

³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 25

⁴ BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p. 26

liberdade de proferir suas sentenças de modo único, desapegado ao respeito aos precedentes e de um direito íntegro, emergindo a insegurança jurídica e proporcionando a livre interpretação do texto normativo. Há, assim, o perigoso movimento de, em casos semelhantes, serem aplicadas sentenças judiciais em desequilíbrio e diferenças latentes, afogando a jurisdição em um desastroso e egoístico *decisionismo*, conceituado por Estefânia Barboza⁵ como a liberdade dos juízes para decidirem em um caso difícil de forma discricionária e sem necessária coerência com a visão do direito apresentado nas decisões anteriores.

Este conceito encontra seu lugar na atualidade jurídica brasileira, principalmente na jurisdição criminal, onde nota-se um movimento punitivista, voltado para as vontades intrínsecas dos julgadores. Ronald Dworkin (2010, p. 192) ao se referir aos juízes e suas decisões, afirmou que estes, acima de tudo, devem ter o cuidado de não tomar mais decisões do que já precisam tomar em determinado momento.

A elástica discricionariedade nas decisões judiciais no âmbito criminal traduz-se na insegurança jurídica, trazendo a superfície o perigoso pensamento que haja um desejo jurisdicional pelo punitivismo e desrespeito a norma e aos precedentes, abrindo o leque das decisões individuais desprovidas do pleno atendimento da função jurisdicional na esfera criminal, ou seja, a desejável restauração do agente e a prevenção da prática do crime.

Discricionariedade, afirmou Dworkin⁶ como sendo o buraco em uma rosquinha, não existe, exceto como uma área deixada aberta por uma limitação circundante. Por conseguinte, é um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “*discricionariedade de acordo com que parâmetros? Ou “discricionariedade de que autoridade?”*

Há de ser enfrentada a problemática da falta de previsibilidade nas decisões judiciais, em especial as criminais, como forma de prover a efetiva prestação jurisdicional. Desta forma, poderá o cidadão ter o receio da enérgica aplicação previsível da normativa criminal, ao passo que, assim, a prevenção do crime possa se mostrar efetiva.

Não se nega que a jurisdição criminal possa possuir seu caráter discricionário como forma de aplicação das normativas abstratas e genéricas, podendo impor seus valores e sentidos as leis. Como apontado por Dworkin⁷, há divergência entre os juízes, não apenas sobre questões

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32

⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1978, p. 32

⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 56

fáticas – isto é, se algum fato ou evento relatado efetivamente ocorreu – mas também sobre qual o sentido das normas jurídicas⁸.

O problema da discricionariedade judicial envolve, como mostra Richard Posner⁹, o uso de fontes não jurídicas para decidir litígios judiciais e essa abordagem pode degenerar no hábito de julgar por “reação instintiva”. Estaria, desta forma, o jurisdicionado preso a valores morais intrínsecos dos julgadores.

Luigi Ferrajoli pondera que as funções legislativas e judiciárias não devem se aglutinar. O interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas. Se à maioria – por meio da mediação governamental, parlamentar, ou até por meio de formas de democracia judiciária direta – fosse confiado o Poder Judiciário, judicante e/ou inquiridor, as liberdades dos discordantes e seus legítimos espaços de *desviação* seriam postos em grave perigo.¹⁰

Tudo isso significa que no direito penal, continua Ferrajoli, uma vez que a principal garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e portanto a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte de legitimação formal proveniente da *máxima submissão do juiz à lei*, tal como resulta assegurada pela estrita legalidade e portanto pela *estrita submissão à jurisdição penal*.

A grande discricionariedade conferida aos julgadores na jurisdição brasileira poderá ter sua problemática no principal fator quando da abordagem de um conceito para o direito. Robert Alexy¹¹ delimita a polêmica entre direito e moral, passando a afirmar que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. Sobre o direito e a moral, Immanuel Kant¹² afirma que a vinculação e o respeito a normas morais e a normas jurídicas não

⁸ Posner aponta sua crítica para Dworkin. Para ele, “Dworkin é uma racionalista excelso com pouco tino para os fatos. Quer que os juízes leiam Kant e Rawls, reflitam profundamente sobre os princípios morais e procurem integrar essa leitura e essa reflexão ao seu processo de tomada de decisões.” POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica, p. 400.

⁹ POSNER, Richard A. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 404

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, p. 438.

¹¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 03

¹² Em A metafísica dos costumes, 2003.

têm distinção do ponto de vista interno (intenção do agente), mas do ponto de vista externo, uma vez que apenas as normas jurídicas são dotadas de coercibilidade.¹³

Não se nega que a discricionariedade é uma das questões mais polêmicas na jurisdição contemporânea, principalmente na justiça criminal. Entende-se que os atos discricionários são vistos negativamente quando da afronta do princípio da legalidade e o fomento de atos de disparidade, discriminação e rótulo de agentes transgressores (*labeling approach*).

Um bom juiz, nas palavras de Dworkin¹⁴, verá “naturalmente” e sem “novas reflexões” que faz parte de seu trabalho ser autoconsciente e auto-crítico, perguntar quais são, realmente, suas obrigações, que “*evidência é, de fato, evidência*”. A discricionariedade na jurisdição criminal quando da conjugação da lei com o toque sensível do caso concreto (realismo jurídico), pode ter o efeito desejado da prevenção geral e previsibilidade jurídica, tornando objetiva a tomada de decisão em detrimento de disparidades latentes.

3. O direito como integridade e a possibilidade da aplicação nas decisões da jurisdição criminal

Quando se visa a uniformidade no direito em atenção ao respeito aos precedentes judiciais como forma de promover a segurança jurídica, desenha-se um direito íntegro, o qual poderá atender aos anseios da sociedade moderna. Podemos atribuir, através do pensamento de Dworkin, que há um ideal importante, superior, talvez, ao de tratar casos iguais de maneira igual (*treat like cases alike*).¹⁵ Nota-se uma concepção ambiciosa, maior que o princípio da igualdade. É justamente essa concepção ideal proposta que se atribui a *integridade no direito*. No momento em que se promove uma análise da obra de Ronald Dworkin, resta claro sua

¹³ Por exemplo, Richard Posner afirma que “o direito usa termos morais em parte por causa de suas origens, em parte para impressionar, em parte para falar uma língua que os leigos, a quem se dirigem os comandos da lei, tem mais probabilidade de entender – e em parte, admito, porque de fato o direito e a moral se sobrepõem em uma medida considerável.” Em A problemática da teoria moral e jurídica, p. 172-173.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 69

¹⁵ Nesse sentido, e em clara contraposição a Dworkin, H. L. A. HART apresenta alguns apontamentos: “Assim, considera-se tradicionalmente que a justiça mantém ou restaura um equilíbrio ou proporção, e seu princípio condutor frequentemente se formula com a frase se “Devem-se tratar os casos iguais de forma igual”; embora precisemos acrescentar “e tratem-se os casos diferentes de forma diferente”. Em O conceito de direito, p. 206. “A estrutura da ideia de justiça tem, portanto, certa complexidade. Podemos dizer que compreende duas partes: uma característica uniforme ou constante, resumida no conceito “Tratem-se igualmente os casos iguais”, e um critério cambiante ou variável, usado para determinar quando os casos devem ser considerados semelhantes ou diferentes para determinado objetivo.”, p. 207.

inquietação para com as decisões judiciais e o conceito de justiça. A justiça, por sua vez, preocupa-se com a substância das decisões, tendo seu significado como uma preocupação de que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável.

A integridade é, por definição, uma questão de princípio. Na concepção do *direito como integridade*, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

O que se busca com a ótica do *direito como integridade*, é a garantia da coerência e identificação de princípios, aliada ao respeito dos precedentes do passado. Essa aglutinação da “coerência – princípios justificadores das leis – precedentes” acaba por se tornar uma fonte válida do direito.

A coerência de princípios permite que os cidadãos tenham direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente reconhecidos através de princípios que justificam as decisões pretéritas.

O direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado (DWORKIN, 1999, p. 164).

Portanto, no *direito como integridade*¹⁶, os atores da sociedade possuem direitos que possam ter origem – explícita ou implicitamente – dos princípios que apresentam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. É a partir desse fluxo analítico que Dworkin apresenta o desenho de um *romance em cadeia* para apresentar de maneira exemplificada o modo como o direito deve ser interpretado. Os juízes são autores. Ao interpretarem um caso

¹⁶ A referida doutrina “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.” DWORKIN, Ronald. Levando direitos a sério. p. 137.

concreto, introduzem um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros – como um novo capítulo de um livro de romance.¹⁷

É exatamente o que ocorre no *romance em cadeia*. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Busca-se, assim, a melhor interpretação possível com vistas a continuidade do romance, como se todo o sistema jurídico fosse obra de apenas um autor. A liberdade criativa do romancista (*juiz*) fica bastante limitada (*possível limitação da discricionariedade*). É com essa proposta apresentada por Dworkin que se vislumbra uma das hipóteses de limitação à discricionariedade na jurisdição criminal brasileira. O respeito ao precedente e a integridade do direito são propostas balizadoras ao grande poder decisório da jurisdição criminal. Não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentam.¹⁸

O alto grau de liberdade conferida aos juízes criminais em suas sentenças, assume um papel central no desequilíbrio entre *jurisdição-jurisdicionado*. A discricionariedade ilimitada pode até mesmo remeter à um estado sem legislações firmes e dotada de falta de respeitabilidade.¹⁹ A uniformidade das decisões é possível quando do respeito aos precedentes e verificação da unidade e integridade do direito. Apresentar uma limitação à discricionariedade judicial, especialmente no campo criminal, é pensar na possibilidade de se dar atenção ao problema da falta de previsibilidade de resultados das sentenças oriundas da jurisdição criminal.

Tratando os casos iguais de maneira igual e que casos diferentes não recebam sentenças iguais, demonstra a integridade e consistência do direito. Gabriel Campos²⁰ afirma que a

¹⁷ Richard Posner se posiciona no sentido que “os juízes não precisam tomar partido nas questões morais nem pelo fato de a rejeição do positivismo jurídico criar essa necessidade, nem porque há continuidade entre o direito e a moral, nem porque a aplicação da lei moral foi prescrita à magistratura. As considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas protencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questão de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes) – ou, ainda, encaradas como um motive convincente para que o Judiciário se abstenha.” POSNER, Richard. A. A problemática da teoria moral e jurídica. p.177-178.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 139.

¹⁹ GABRIEL S. DE Q. CAMPOS, em seu artigo “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 201, traz que, em 1971, o norte-americano MARVIN E. FRANKEL, feroz crítico dos poderes concedidos aos juízes na aplicação da pena nos EUA da época, dizia que discricionariedade ilimitada é algo comprável a um estado de “ausência de lei” na sentença.

²⁰ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 200.

disparidade reflete a ideia oposta, resultando em casos recebendo tratamento e solução distintos com base em fatores extralegais, tais como a identidade do juiz, o local em que o crime se consumou e onde está sendo julgado, raça, gênero e religião, orientação sexual ou a classe social do réu. A disparidade pode ser descrita como inconsistência. A atividade judicial, na visão de Posner²¹, é uma atividade normativa; toda vez que o juiz vai além da simples interpretação do direito positivado – e isso, como Dworkin demonstrou, ocorre com frequência –, o problema de passar do “ser” ao “dever ser” levanta sua cabeçorra e, de repente, pode-se ter a impressão de que o magistrado está mergulhado no domínio da teoria moral.

Neste mesmo pensamento, Alexy²² afirma que a tese de que um conceito não positivista de direito não teria efeito algum contra a injustiça legal, pode ser aguçada com a afirmação de que, além de não promover o combate da justiça, esse conceito chega a dificultá-lo. O positivismo, com sua rígida separação entre direito e moral, favoreceria uma postura crítica perante o direito. O perigo da larga discricionariedade na jurisdição criminal tem seu ápice quando do aceite na contemporaneidade de sentenças sem o lastro legal, dotadas de sentimentos internos egoísticos (como definiu Kelsen, ao se referir aos valores morais na sua *Reine Rechtslehre*) e motivos pessoais. Hart²³ já alertara para o choque entre direito e moral, onde o primeiro exige comportamento externos, sendo indiferente aos motivos, intenções ou outros comportamentos “internos” do comportamento.

Ninguém tem o direito de julgar se por "julgar" se entende uma atividade autoritária e não puramente cognitiva: essa não é só uma máxima da ética cristã, mas a regra laica do moderno Estado de direito. Com base nesse duplo nexos entre razão e liberdade, *podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva*, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isto supõe obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção dos delitos, mas também, como *técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito*.²⁴

²¹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 176

²² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56.

²³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 223

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 438-439.

A objeção ao *decisionismo* e o respeito aos precedentes judiciais são maneiras de limitação ao amplo poder da jurisdição criminal e seu alto grau de discricionariedade. Trata-se de um argumento contra o conceito não positivista de direito, que pode, de certa forma, colocar a segurança jurídica em risco. Como afirma Otto Pfersmann²⁵, o direito pode, então, atribuir poderes, mas é incapaz de delimitar o seu “exercício normativo” entrando na cabeça dos juízes para controlá-los.

O exemplo oriundo do sistema *Common Law* se faz pertinente neste estudo. As *sentencing guidelines* promovem um esforço à transparência e coerência nas decisões judiciais, traduzido em segurança jurídica nas decisões emanadas pela jurisdição criminal.

4. O exemplo das *sentencing guidelines* no sistema *Common Law*.

A teoria do direito de Dworkin ao método *Common Law* pode ser verificada quando o autor fala de um *direito como integridade* formado por uma comunidade de princípios, para além do texto escrito na Constituição²⁶. Com este entendimento, podemos pensar no sistema criminal aplicado ao *Common Law*, através de suas *sentencing guidelines*, como forma de busca à segurança jurídica e limitações ao poder discricionário na jurisdição penal brasileira.

Ao analisar a aplicação da pena na Inglaterra e País de Gales²⁷, verificou-se que os juízes detinham o mais amplo poder discricionário, ao passo que não dispunham de regras norteadoras para as sentenças criminais. A partir de 1990, conforme apresenta Gabriel Campos²⁸, órgãos voltados à regulamentação das sentenças foram criados por lei, passando a desenvolver diretrizes (*sentencing guidelines*) a serem seguidas pelos juízes na tarefa de individualização da pena. Atualmente, o Conselho de Sentença para a Inglaterra e País de Gales é o órgão encarregado de editar tais diretrizes.

²⁵ PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. [tradutor, organizador e introdução de Alexandre Coutinho Pagliarini]. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131

²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira, p. 247.

²⁷ Criminal offences in England and Wales are very broadly defined and can have different levels of seriousness. Guidelines help to ensure that courts across England and Wales are consistent in their approach to sentencing. Em <http://www.sentencingcouncil.org.uk>

²⁸ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 223.

A experiência em países com *guidelines* pode trazer lições para jurisdições onde juízes e tribunais exercem grande discricionariedade na fase de sentença e determinação da pena, com apenas uma orientação vinda dos tribunais superiores. Uma nação que considere a introdução de uma maior estrutura na aplicação da pena tem uma gama de opções a partir das quais escolher, desde tabelas relativamente restritivas usadas nos Estados Unidos da América, como aquelas encontradas na China, Uganda, etc²⁹.

O Conselho de Sentença (*Sentencing Council*) para a Inglaterra e País de Gales foi criado em 2009 através do *Coroners and Justice Act*³⁰, e é o órgão responsável pela criação e edição das *sentences guidelines*. Este novo Conselho de Sentença substituiu duas organizações anteriores existentes: o Painel Consultivo de Sentença, criado em 1998 e o Conselho de Diretrizes de Sentença, em 2003. Antes de serem substituídos pelo atual Conselho, expõe Roberts³¹, tais órgãos já haviam emitido uma série de *guidelines* definitivas para uma série de delitos, as quais permanecem em vigor até que o atual Conselho as revise ou reedite.

A primeira *guideline* emitida pelo novo Conselho foi publicada em março de 2011, com uma estrutura diferenciada e específica para alguns delitos, bem como uma matriz genérica, aplicável para casos de concursos de crimes³². A diretriz mais recente versa sobre as sentenças envolvendo crianças e jovens, em vigor desde junho de 2017.

A diretriz para sentenças envolvendo crianças e jovens (*Sentencing children and young people*) possui orientação aos juízes quanto a uma possível avaliação quanto a culpabilidade do agente no cometimento do crime – *no caso aqui a ser demonstrado, o crime de roubo*. Desta forma, visa orientar o julgador para que tenha parâmetros pré-estabelecidos para determinação da pena.

²⁹ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 366

³⁰ Section 125(1) of the Coroners and Justice Act 2009 provides that when sentencing offences committed after 6 April 2010: “Every court : (a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case, and (b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so” Em: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf, p. 02

³¹ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 372

³² Para roubo; crimes ambientais; crimes de drogas; furto; princípio da totalidade e delitos levados em consideração; uso da pena privativa de liberdade e outras disposições; delitos sexuais; crimes envolvendo cachorros perigosos. ROBERTS, Julian A., p. 272.

O primeiro passo para determinar a sentença é avaliar a gravidade da ocorrência. Esta avaliação é feita considerando a natureza da infração e quaisquer fatores agravantes e atenuantes relacionados à própria infração. Assim, a diretriz fornece ao julgador parâmetros a serem seguidos, dando coerência e unidade na decisão a ser proferida. A diretriz fornece subsídios para que a penalidade tenha o pilar da equidade como forma de promover o senso do justo.

As figuras abaixo fornecem exemplos do tipo de fatores de culpa e danos causados pelo ofensor, além da natureza da ofensa:

STEP ONE
Offence Seriousness – Nature of the offence

The boxes below give **examples** of the type of culpability and harm factors that may indicate that a particular threshold of sentence has been crossed.

A non-custodial sentence* may be the most suitable disposal where one or more of the following factors apply:

Threat or use of minimal force
Little or no physical or psychological harm caused to the victim
Involved through coercion, intimidation or exploitation

A custodial sentence or youth rehabilitation order with intensive supervision and surveillance* or fostering* may be justified where one or more of the following factors apply:

Use of very significant force
Threat or use of a bladed article, firearm or imitation firearm (where produced)
Significant physical or psychological harm caused to the victim

* Where the child or young person appears in the magistrates' court, and the conditions for a compulsory referral order apply, a referral order must be imposed unless the court is considering imposing a discharge, hospital order or custody.

Figura 1. Fonte: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf/, p. 42

Na figura 1, acima exposta, há uma demonstração de fatores (uso da força, dano físico e psicológico causado na vítima, uso de objetos cortantes e lâminas, força excessiva, entre outros) que devem ser considerados pelo julgador no momento da análise do caso concreto. Nota-se que, desta forma, a sentença será proferida exatamente de acordo com o caso concreto e após a aplicação dos fatores atenuantes ou agravantes dispostos na *guideline*. Conforme a

diretriz, se a criança/jovem infrator for primário e confessar culpa, o Pedido de Reabilitação de Jovens (*Youth Rehabilitation Order - YRO*) poderá ser utilizado para balizamento da sentença.

A tabela a seguir (figura 2) apresenta os diferentes níveis de intensidade que estão disponíveis sob um Pedido de YRO. O nível de intensidade e o conteúdo da ordem dependerão da avaliação da gravidade pelo tribunal.

		Requirements of order
Standard	Low likelihood of re-offending and a low risk of serious harm	Primarily seek to repair harm caused through, for example: <ul style="list-style-type: none"> • reparation; • unpaid work; • supervision; and/or • attendance centre.
Enhanced	Medium likelihood of re-offending or a medium risk of serious harm	Seek to repair harm caused and to enable help or change through, for example: <ul style="list-style-type: none"> • supervision; • reparation; • requirement to address behaviour e.g. drug treatment, offending behaviour programme, education programme; and/or • a combination of the above.
Intensive	High likelihood of re-offending or a very high risk of serious harm	Seek to ensure the control of and enable help or change for the child or young person through, for example: <ul style="list-style-type: none"> • supervision; • reparation; • requirement to address behaviour; • requirement to monitor or restrict movement, e.g. prohibited activity, curfew, exclusion or electronic monitoring; and/or • a combination of the above.

Figura 2. Fonte: http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sentencing-Children-and-young-people-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf/, p. 45-46.

Para que uma pena privativa de liberdade seja imposta, em contrariedade ao disposto na *guideline*, tribunal deve declarar os motivos para se certificar de que a situação é tão séria que nenhuma outra sanção seria apropriada e, em particular, por que um YRO não poderia ser justificado. As *sentencing guidelines*³³ oferecem aos juízes orientação para a confecção de suas sentenças. Assim, torna-se uma maneira de limitar e dar um norteamento a discricionariedade judicial. A rigor, não existe uma obrigação legal na Inglaterra e País de Gales para que os juízes

³³ **What guidelines do:** Guidelines provide guidance on factors the court should take into account that may affect the sentence given. They set out different levels of sentence based on the harm caused to the victim and how blameworthy the offender is. Offences happen in many different ways with many different results. For example, assault offences can range from an argument where someone pushes someone else causing no injury, up to a carefully-planned gang attack that causes life-changing injuries. It is therefore necessary to have a range of sentences that appropriately reflect the seriousness of each individual offence. Em: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/about-guidelines/>

estejam limitados à aplicação de pena dentro do estabelecido pelas diretrizes, entretanto qualquer desvio na aplicação deve sempre ser fundamentada de maneira a respeitar os limites máximo e mínimo estabelecidos.

Alguns comparativos acerca das *guidelines* são pertinentes: as presumivelmente vinculativas, em forma de tabela (Minnesota, Pensilvânia, Oregon, nos Estados Unidos da América); diretrizes específicas por delito, que permitem discricionariedade judicial considerável dentro da *guideline* (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Nova Zelândia, Coreia do Sul); e regras gerais sobre aplicação de pena que identificam princípios importantes a serem seguidos pelos juízes em suas sentenças (Suécia, Finlândia, Israel).³⁴

Não obstante esta diversidade de abordagens, afirma Roberts³⁵, objetivos comuns de todas as iniciativas e diretrizes incluem o seguinte:

- promover maior *consistência* na aplicação da pena;
- promover penas mais *proporcionais*;
- promover maior *transparência* e previsibilidade; e
- promover maior *confiança* do público na tarefa judicial da aplicação da pena.

O sistema inglês de *guidelines*, ao definir faixas de apenamento e pontos de partida, revela sua preocupação, ao menos em certa medida, com a *previsibilidade de resultados na aplicação da penalidade* (consistência-previsibilidade), além de, obviamente, possuir uma metodologia clara a ser seguida por juízes e tribunais (consistência-metodologia)³⁶.

Portanto, acredita-se que quando da confecção das *sentencing guidelines* pelo Conselho de Sentença, permitindo aos juízes certa margem de flexibilidade ao estabelecer um máximo e mínimo na valoração da pena, como no caso da Inglaterra e País de Gales, buscou-se atingir o maior número possível de adesão e obediência por parte de juízes e tribunais. Sugerem um impacto positivo na consistência entre juízes e a aplicação das *guidelines* específicas para cada crime. Uma explicação remete à própria estrutura da *guideline*, que exige que os juízes e tribunais considerem individualmente uma série de fatores relevantes à aplicação da pena. O juiz, ao sentenciar o réu sem os recursos da *guideline*, terá apenas petições e arrazoados feitos pelos advogados das partes a orientar a aplicação da pena e a consideração das causas atenuantes

³⁴ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 365

³⁵ ROBERTS, Julian A. op. cit. p. 365

³⁶ CAMPOS, Gabriel S. de Quadros. “Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês”, p. 231.

e agravantes. Em contrapartida, as diretrizes exigem que os juízes perpassem todas as etapas de sua metodologia. Este requisito pode sensibilizar os juízes para as diferenças importantes entre os casos – resultando em um maior número de resultados únicos. A fazer isto, os juízes e tribunais devem ajustar a pena provisória para refletir cada fator atenuante ou agravante relevante. Esta abordagem metódica e sequencial encoraja os juízes a fazer distinções mais sofisticadas entre os casos, uma vez que a pena provisória é ajustada para refletir todos os fatores relevantes atenuantes e agravantes. A consequência é que um maior número de penas distintas é empregado para refletir tais distinções.³⁷

Ao exigir dos juízes e tribunais que considerem as *guidelines* e considerar as listagens de atenuantes e agravantes, surge um exame completo e aprofundado do caso concreto, haja vista o magistrado ter o dever de se debruçar sobre a diretriz, gerando uma análise pormenorizada dos fatos, gerando singularidade entre as decisões. As *guidelines* transmitem um efeito positivo na promoção da consistência e da proporcionalidade da aplicação de pena. Ainda, apresenta a confiabilidade na jurisdição criminal, traduzida na transparência nas sentenças. A necessidade de formas de sistemas de diretrizes no Brasil, onde o juiz tem poder absoluto na resolução do caso concreto, se amolda como uma hipótese, traduzido na forma de segurança e previsibilidade jurídica.³⁸

5. Conclusões

Por uma limitação da discricionariedade judicial como segurança e previsibilidade jurídica, mostra-se plausível que os magistrados da jurisdição criminal brasileira adotem o

³⁷ ROBERTS, Julian A. “Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales”, p. 376

³⁸ Em sentido oposto, o juiz de direito Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, em seu artigo “As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena”, mostra sua inquietude: “As súmulas (vinculantes ou não), as repercussões gerais e os precedentes judiciais se tornaram verdadeiros fetiches na práxis judiciária, sem os quais o senso comum teórico não consegue obter uma resposta para as questões que surgem, em razão da abordagem dogmática, repetitiva, maquinal e acrítica. E o mais grave de tudo: quem conhece um pouco a realidade dos tribunais superiores sabe bem que lá se julga por remissão. A demanda é tão alta que não há tempo para se dedicar aos casos com a atenção que eles merecem. Termina havendo o que chamamos de “efeito fórmula pronta”: busca-se apressadamente uns precedentes e, pronto, caso resolvido. Resolvido? Queremos mostrar que há outro caminho”. “Falta, ainda, a efetiva compreensão do direito como um sistema de regras e princípios que possui a Constituição como topos normativo-argumentativo. Essa ignorância faz com que usualmente o ator jurídico pense estar desincumbido de interpretar os fatos sob a ótica da Constituição somente porque algum tribunal emitiu alguma súmula ou precedente! Para que pensar? O oráculo já emitiu a palavra autorizada, já disse a verdade.” p. 02-03

trinômio “*coerência – princípios justificadores das leis – precedentes*”, em plena consonância ao direito como integridade, assistindo ao jurisdicionado a segurança jurídica e previsibilidade das sentenças proferidas.

Neste fluxo de análise, as *sentencing guidelines* demonstram promover parâmetros para a aplicação da pena, gerando a transparência e confiabilidade na sentença criminal e na dosimetria da pena. Desta forma, o direito penal deve, conforme aduz Paulo César Busato³⁹, *estar orientado para as consequências sociais que provoca*, instigando na sociedade o senso de justiça e sua consequente respeitabilidade.

A mera discussão criminológica não terá a plena efetividade no *realismo jurídico-penal da contemporaneidade*, se o conjunto de atores que deveriam levar o discurso à prática atuem de forma díspare aos anseios das garantias criminais. Como já previa Zaffaroni⁴⁰, enquanto o discurso jurídico penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas – os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa.

O lapso de previsibilidade e segurança jurídica nas decisões oriundas da jurisdição criminal tem levado os criminosos à tomada de decisões racionais – *nos moldes dos estudos da análise econômica do direito*⁴¹ – onde, segundo Cooter⁴², os crimes podem ser planejados e premeditados. Neste entendimento, o modelo econômico pode ser entendido como um indivíduo (criminoso) que passa a ter raciocínio real do ato pretendido, ou seja, os criminosos agem sopesando os riscos e benefícios no cometimento do ilícito, haja vista a certeza da insegurança jurídica e falta de coerência nas sentenças.

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 13.

⁴¹ Para aprofundar o entendimento, consideramos adentrar no campo da **Análise Econômica do Direito** e valemos da visão dos estudiosos da Economia: “Os economistas normalmente descrevem o modelo da tomada de decisões como uma história sobre comportamentos, não sobre processos de raciocínio subjetivos. Assim, diz-se que os consumidores agem como se estivessem calculando a utilidade marginal. Da mesma maneira, diz-se que os criminosos agem como se estivessem comparando os benefícios marginais do crime e as penas esperadas. O consentimento da maioria dos crimes, no entanto, exige intenção criminosa. Para cometer um crime, não basta que o indivíduo aja como se tivesse a intenção criminosa, é preciso realmente tê-la. Assim, o direito penal trata de motivos, não apenas comportamentos. COOTER, Robert. *Direito e Economia* / Robert Cooter, Thomas Ulen, p. 481.

⁴² COOTER, Robert. **Direito e Economia**/Robert Cooter, Thomas Ulen. 5. ed. – Porto Alegre: Bookmann, 2010, p. 481.

No presente estudo, há a pretensão do alerta para o fato da insegurança jurídica ser um fator decisivo na conduta do agente criminoso, o qual detém a certeza que as decisões emanadas da jurisdição criminal não possuem coerência e previsibilidade e, neste passo, tem a possibilidade de trabalhar com risco da incerteza, ou seja, jogar com a sorte no cometimento do crime, amparado por decisões que não transparecem uma voz uníssona oriunda do poder judiciário.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARBOZA, E. M. de Q.. **Precedentes judiciais e segurança jurídica. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, P. C.. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, G. S. de Q. Discrecionalidade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In CAMPOS, G. S. de Q; JUNIOR, A. B. (Org.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 197-249

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. – Porto Alegre: Bookmann, 2010

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes 2002

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1978

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru. Edipro. 2003

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. [tradutor, organizador e introdução de Alexandre Coutinho Pagliarini]. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012

ROBERTS, Julian A. Aplicação estruturada de pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales. In CAMPOS, G. S. de Q; JUNIOR, A. B. (Org.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 365-380.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena**. Revista dos Tribunais. vol. 908. p. 233-262. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.